# GUÍA DE PREGUNTAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES 728 DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (CON RESPUESTAS)

## Segunda Parte


**José María Pacori Cari**

**Maestro en Ciencias Políticas y Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de San Agustín. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Socio de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Member of Law Council of Australia. Miembro de Pleno Derecho del Instituto Vasco de Derecho Procesal**

# Introducción

Las preguntas son realizadas por **trabajadores por contrato de trabajo sujeto a modalidad bajo el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728** derivados de concursos públicos realizados por la Contraloría General de la República desde el 2022 al 2024.

# Contexto legal

23-07-2002, se publica la Ley 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República – el artículo 36 indica “El personal de la Contraloría General se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada”.

28-03-2018, se publica la Ley 30742 – Ley de fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control - artículo 1 establece “finalidad de modernizar, mejorar y asegurar el ejercicio oportuno, efectivo y eficiente del control gubernamental, así como de optimizar sus capacidades orientadas a la prevención y lucha contra la corrupción”.

16-11- 2021 se publica la Ley 31358 – Ley que establece medidas para la expansión del control concurrente – artículo 1.2 y 1.3 que indica “Para el desarrollo del control concurrente se debe contar con profesionales especializados y con experiencia en la obra o servicios a realizarse y en los temas vinculados a la naturaleza de la materia del control concurrente, que garanticen una efectiva y eficaz labor del Sistema Nacional de Control”

# Concursos públicos para la contratación

| | |
|---|---|
| C**ontrato de trabajo sujeto a modalidad por incremento de actividades**, a plazo determinado y sujeto al período de prueba, según lo establecido en el artículo 57 del TUO del Decreto Legislativo 728, dentro del marco de la Ley 31358, Ley que establece medidas para la expansión del control concurrente. | 1. Concurso Público de Méritos 01-2024-CG; 2. Concurso Público de Méritos 02-2023-CG; 3. Concurso Público de Méritos 01-2023-CG; 4. Concurso Público de Méritos 07-2022-CG; 5. Concurso Público de Méritos 06-2022-CG |
| **Contrato de trabajo sujeto a modalidad para obra determinada o servicio específico**, a plazo determinado y sujeto a periodo de prueba, según lo establecido en el artículo 63 del TUO del Decreto Legislativo 728, dentro del marco de la Ley 31358, Ley que establece medidas para la expansión del control concurrente | 6. Concurso Público de Méritos 04-2022-CG; 7. Concurso Público de Méritos 01-2022-CG |

# Principio de in dubio pro operario

Las preguntas que se indican a continuación son debidamente desarrolladas para darles una solución jurídica sustentada en el **principio de interpretación favorable al trabajador estatal** previsto en el inciso 8) de la Ley 28175 – Ley Marco del Empleo Público – que indica

“Principios de Derecho Laboral. Rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e **interpretación más favorable al trabajador en caso de duda**. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio”.

# Pregunta 11. Grupos especiales de protección ¿Qué mecanismos de protección legal existen para las madres gestantes, madres con niños recién nacidos y madres con niños (2 y 7 años) con discapacidad?

# Protección constitucional

El artículo 23, primer párrafo, de la Constitución Política del Perú establece

*"El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan".*

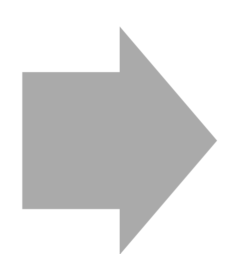
Conforme al mandato constitucional, **son sujetos de especial protección constitucional la madre, el menor de edad y el impedido que trabajan**.

# Protección contra el despido de la madre trabajadora (i)

El artículo 29, literal e) del Decreto Supremo 003-97-TR indica "Es nulo el despido que tenga por motivo": "e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir. La disposición establecida en este inciso es aplicable también a la trabajadora durante el periodo de prueba regulado en el artículo 10, así como a la que presta servicios bajo el régimen de tiempo parcial de cuatro o menos horas diarias, dispuesto en el artículo 4".

# Protección contra el despido de la madre trabajadora (ii)

La protección contra el despido, **se extiende a la lactancia hasta que el hijo tenga un (1) año de edad**, conforme al artículo 1 de la Ley 27240 – Ley que otorga permiso por lactancia materna – que indica



“La madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, **hasta que su hijo tenga un año de edad**”.

# Protección de la madre con hijo discapacitado (i)

**a. Licencia**. El derecho de los trabajadores y trabajadoras de la actividad pública y privada a gozar de licencia para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación que requieran sus hijos o hijas menores con discapacidad y menores con discapacidad sujetos a su tutela (Cfr. Artículo 1 Ley 30119)

**b. Duración**. La licencia es otorgada con goce haber por el empleador al padre, madre, tutor o apoyo de la persona con discapacidad que requiera asistencia médica o terapia de rehabilitación, **hasta por cincuenta y seis (56) horas consecutivas o alternas anualmente** (Cfr. Artículo 2 Ley 30119)

# Protección de la madre con hijo discapacitado (ii)

**c. Horas adicionales**. En caso se requieran horas adicionales, las licencias se compensan con horas extraordinarias de labores, previo acuerdo con el empleador (Cfr. Artículo 2 Ley 30119)

**d. Irrenunciabilidad de la licencia**. La licencia obtenida por los trabajadores sobre esta materia es de carácter irrenunciable (Cfr. Artículo 4 Ley 30119)

# Protección de la madre con hijo discapacitado (iii)

**e. Condición más beneficiosa**. Los beneficios obtenidos por los trabajadores sobre esta materia, por decisión unilateral del empleador o por convenio colectivo, se mantienen vigentes en cuanto sean más favorables a estos (Cfr. Artículo 4 Ley 30119)

# Pregunta 12. Periodo de prueba ¿Cuántas veces puedo pasar el período de prueba en un mismo año?

# Finalidad del periodo de prueba

En la sumilla de la Casación Laboral 21841-2017 Lima se indica "El periodo de prueba tiene por finalidad **comprobar si efectivamente el trabajador puede asumir el cargo asignado por el empleador, de acuerdo a sus aptitudes y lineamientos**; en consecuencia, la evaluación se realizará, entre otros aspectos, sobre la base de los resultados de las tareas encomendadas".

# Plazo del periodo de prueba

El artículo 10 del Decreto Supremo 003-97-TR indica "El período de prueba es de **tres meses**, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario".

Artículo 75 del Decreto Supremo 003-97-TR indica "En los contratos sujetos a modalidad rige el periodo de prueba legal o convencional previsto en la presente ley".

# Contrato primigenio

**Contrato primigenio**. El artículo 84 del Decreto Supremo 001-96-TR indica “El período de prueba a que alude el Artículo 109 de la Ley, **sólo podrá establecerse en el contrato primigenio**, salvo que se trate del desempeño de una labor notoria y cualitativamente distinta a la desempeñada previamente”.

# Acumulación (i)

El artículo 16 del Decreto Supremo 001-96-TR indica "**En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba establecido por la Ley**. No corresponde dicha acumulación en caso que el reingreso se haya producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente, o que se produzca transcurridos tres (3) años de producido el cese".

# Acumulación (i)

Casación Laboral 536-2021 Lima se indica como sumilla "**El trabajador que laboró en distintos periodos para un mismo empleador, puede sumar estos, hasta completar el periodo de prueba** previsto en la ley, siempre que haya desarrollado las mismas funciones u otras afines al cargo que desempeñó, y no hayan transcurrido más de tres años de producido el cese".

# Trabajador modal que supera el periodo de prueba

El artículo 79 del Decreto Supremo 003-97-TR indica "Los trabajadores contratados conforme al presente Título [De los contratos de trabajo sujetos a modalidad] tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, **una vez superado el periodo de prueba**".

En conclusión, iniciada la contratación laboral modal, el plazo del periodo de prueba empezará a transcurrir, de realizarse una nueva contratación modal antes que venza el periodo de prueba, el periodo de prueba de la nueva contratación se acumula el plazo del periodo de prueba anterior, hasta completar el máximo permitido por ley, para luego adquirir estabilidad laboral.

# Pregunta 13. Duración de un proceso judicial laboral 12. ¿Cuál es el tiempo aproximado que demora un proceso judicial laboral sobre desnaturalización? De ser el caso ¿En cuánto tiempo se podría volver al puesto de trabajo?

# Dato judicial

“En efecto, la consecuencia lógica de la implementación de un nuevo modelo procesal eficiente, que mostró sobre todo celeridad, predictibilidad y transparencia, generó un previsible y considerable incremento en la demanda del servicio, lo que se trasuntó en el crecimiento exponencial del número de demandas ingresadas a los Juzgados que conocían los procesos con la NLPT, lo cual evidenció pronta y objetivamente que la cantidad de juzgados asignados al nuevo modelo del procesal laboral, resultaba insuficiente para atender la creciente demanda del servicio. Esta situación originó un desmesurado congestionamiento de los procesos judiciales y con ello la imposibilidad de cumplirse los plazos máximos previstos en la ley; lo que determinó a la postre que las audiencias tanto de conciliación como de juzgamiento, fueran extendiéndose paulatinamente en el tiempo, **llegándose en la gran mayoría de los casos a que las audiencias de conciliación se programasen entre seis y ocho meses y las audiencias de juzgamiento entre ocho a diez meses, en el caso de los juzgados; y las audiencias de vista de la causa hasta más de un años**; con lo cual en la realidad nuevamente surgía el problema de la demora excesiva de los procesos, lo que se agravó aún más si el proceso llegaba hasta la Corte Suprema mediante el recurso de casación” (Exposición de motivos del Proyecto del Código Procesal del Trabajo).

| Actuación procesal | Duración máxima |
| --- | --- |
| De admitida la demanda hasta la audiencia de conciliación | 8 meses |
| De la audiencia de conciliación hasta la audiencia de juzgamiento | 10 meses |
| Desde la notificación de la sentencia hasta la audiencia de vista de la causa en segunda instancia | 1 año |
| De ser el caso, recurso de casación | 2 años |
| Duración total del proceso | 4 años, 6 meses |

**Pregunta 14. Desnaturalización por previa prestación de servicios como trabajador CAS. Estuve contratado como CAS durante 5 años en la Contraloría hasta el 2023, en el mismo año postule y reingrese a trabajar a través de un contrato modal 728. ¿Se puede configurar alguna desnaturalización?**

# ¿Dos relaciones laborales?

Primera relación laboral

Para alegar el principio de continuidad laboral, entre una relación laboral y otra, es preciso que no transcurra entre el término de una relación laboral y el inicio de otra relación laboral, **más de treinta (30) días**, como se indica en la Casación 0005857-2009-JUNÍN que las interrupciones en los servicios no pueden ser mayores de treinta días.

Segunda relación laboral

# Cargo análogo

En caso, de verificarse la existencia de continuidad laboral, deberá de entenderse que existe una sola relación laboral (no dos)

A lo que se deberá de sumar que el cargo ostentado debe ser sustancialmente y cualitativamente el mismo

Tanto en la relación laboral CAS, como en la relación laboral 728.

# Límite contractual

De ser el caso, se podría solicitar la acumulación de tiempo de servicios

para que con la sumatoria se alcance el límite de plazo contractual

generándose una desnaturalización laboral.

# Principio de continuidad laboral

Al existir una interrupción de cuarenta y cinco días (45) en la prestación de servicios de la actora, se encuentra fuera de cualquier margen de razonabilidad en la aplicación del principio continuidad, para determinar la prestación de servicios de la actora de forma continua e ininterrumpida, más aún si no ha logrado acreditar con medio probatorio alguno la prestación de servicios efectiva durante dicho período (Casación Laboral 18751-2017 Lima).

El cambio de una relación CAS a una relación 728 en un mismo cargo y sin interrupción, podría ser considerado un fraude laboral

Inaplicación del **principio de continuidad laboral**.

- Muchas gracias
- **Estudio Jurídico de Abogados**
- **Corporación Hiram Servicios Legales**
- Contacto
- corporacionhiramsl@gmail.com
- Teléfono móvil y WhatsApp +51 959666272
- Abogado José María Pacori Cari